Die Bestimmbarkeit der Leistung aus gegenseitigen schuldrechtlichen Verträgen.
(BGB §§ 315—319)

Auszug

aus der

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

einer

Hohen Juristischen Fakultät der Philipps-Universität Marburg

vorgelegt von

Karl Schäfer

Referendar aus Hanau a. M.

Berichterstatter: Geh.-Justizat Prof. Dr. André.

Marburg

R. Friedrich's Universitäts-Buchdruckerei (Inhaber Karl Gleiser)

1925.

In der Einleitung werden die Verträge mit anfänglich unbestimmtem Inhalt von ähnlichen Vertragsarten unterschieden.

Der erste Teil der Arbeit behandelt die Bestimmbarkeit der Leistung aus gegenseitigen Verträgen nach röm. Recht. Der an strenge Formen gebundene Vertrag des ius strictum verlangt Bestimmtheit aller Vertragsmodalitäten: Pretium esse debet certum, iustum, verum. Das strenge Recht der Zwölf Tafeln wurde schon durch die Interpretationen gemildert. Das ius gentium brachte die Innominatrealkontrakte. Sie wurden mit der actio praescriptis verbis eingeklagt. Diese praescripta verba ersetzten die sonst feststehenden Formeln für die benannten Verträge. Der Richter wurde über den Tatbestand aufgeklärt und dann ersucht, den Bekl. auf das zu verurteilen, quidquid ob eam rem dare facere oportet ex bona fide. Diese actiones ermöglichten den Abschluß von Verträgen mit zunächst unbestimmtem Leistungsinhalt; mit dem fortschreitenden Verkehr dehnte sich die Möglichkeit des Abschlusses von Verträgen über ein incertum auch auf Nominatkontrakte aus. Der Vertragsinhalt ist zunächst ungewiß, er wird erst durch die bona fides des Richters bestimmt. Anstelle des Richters können auch andere Dritte bestimmen. Der Dritte gibt ein arbitrium boni viri ab (Bestimmung nach billigem Ermessen), das bei manifesta iniquitas von den Parteien angefochten werden kann. Es ist auch eine Bestimmung nach bloßem Gutdünken möglich.

Vom arbitrator ist zu unterscheiden der arbiter, der als Schiedsrichter den Rechtsstreit wie ein Richter nach Rechtsgrundsätzen beenden soll.

Die Bestimmung der Leistung durch die Parteien konnte nur nach billigem Ermessen vorgenommen werden. Die Annahme einer Parteibestimmung nach freiem Belieben ist abzulehnen.

Der zweite Teil behandelt die Entwicklung im gemeinen Recht. In den germanischen Stammesrechten finden sich nur vereinzelt Vorschriften über den Leistungsinhalt. Ueber die Bestimmbarkeit wird nicht gesprochen; für Gegenstände des täglichen Bedarfes gibt es Taxen. Dieser Unterschied vom römischen Recht ergibt sich aus der Natur der germanischen Schuldverträge. Sie sind Barverträge, die Zug um Zug erfüllt wurden. Die Weiterentwicklung wurde durch die Rezeption in römisch-rechtliche Bahnen gelenkt. Im gemeinen Recht nach der Rezeption sind keine Aenderungen der römischen Anschauungen zu verzeichnen. Ebenso läßt sich in den Kodifikationen bis zum BGB das römische Recht erkennen.

Der dritte Teil der Arbeit handelt von der Bestimmbarkeit der Leistung im geltenden Recht. (BGB §§ 315—319). Subjekt des Bestimmungsrechtes ist entweder ein Dritter oder eine der Parteien. Wird die Partei nicht genannt, dann ist der Gläubiger bestimmungsberechtigt. Das gilt aber nur für den Fall, daß nicht Vertrag oder Gesetz etwas anderes bestimmt. Durch stillschweigenden Vertrag wird häufig der kundenübliche Preis vereinbart. Ebenso kann durch ausdrücklichen Vertrag irgend ein Gradmesser — z. B. Marktpreis, Tare, — also ein indirekt bestimmter Preis vereinbart werden. Das Gesetz schreibt bei Dienst- Werk- und Maklerverträgen den Inhalt der Leistung des Dienstherrn vor. Der Dritte bestimmt entweder allein oder mit anderen dritten Personen zusammen. Mehrere Dritte bilden eine Einheit, daher ist grundsätzlich Uebereinstimmung erforderlich. Die häufigste Erscheinungsform mehrerer Dritter ist die Arbitragekommission. Für die Bestimmung gesellschaftlicher Leistungen kommen die §§ 317—319 nicht zur Anwendung. Vom Schiedsgutachter ist zu unterscheiden der Schiedsrichter. (§ 1025 Z. P. O.) Ein Schiedsgutachten liegt vor, wenn ein Dritter die Elemente für die Entscheidung festgestellt hat. Der Schiedsspruch fällt die Entscheidung selbst. Das Bestimmungsrecht erstreckt sich auf die Leistung und auf alles, was zu ihrer Individualisierung erforderlich ist. Recht häufig sind auch Verträge bei denen nur noch die Modalitäten der Leistung: Leistungszeit und Leistungsort bestimmt werden müssen. Bie Bestimmung ist eine rechtsgestaltende Willenserklärung, ein Rechtsgeschäft. Sie ist unwiderruflich. Der Widerruf kann nach richtiger Ansicht nicht vorbehalten werden.

Die Bestimmung geschieht nach billigem Ermessen oder freiem Belieben. Billiges Ermessen ist kein feststehender Ausdruck, kein Name, sondern es ist eine Anweisung an den Bestimmenden, nach den ihm gegebenen Anhaltspunkten als ehrenhafter, billig abwägender Mann seine Bestimmung zu treffen. Freies Belieben ist eine Anweisung zu bestimmen: freier als nach billigem Ermessen, aber nicht nach Willkür. Gegenüber der Willkür sind §§ 238, 242 BGB als Grenze zu betrachten. Nach unten, dem billigem Ermessen gegenüber, sind die Grenzen fließend: das subjektive Empfinden gewährt dem nach freiem Belieben bestimmenden eine größere Freiheit in der Auswahl der von den vorliegenden objektiven Momenten (nicht von der Billigkeit) vorgeschriebenen Erfüllungsmöglichkeiten. Das freie Belieben als Erfüllungsart für die Parteien kommt am häufigsten bei Gefälligkeitsgeschäften vor und ist aus § 315 Abs. 1 („im Zweifel“) zu entnehmen. Das Bestimmungsrecht der Partei ist auch Bestimmungspflicht. Für den Dritten besteht nur im Rahmen eines etwa abgeschlossenen Gutachtervertrages eine Bestimmungspflicht.

Hat eine Partei unbillig bestimmt, dann wird die Bestimmung durch richterliches Urteil ersetzt. Die Ansicht, das richterliche Urteil könne entweder durch Leistungs- ober durch Feststellungklage verwirkt

werden, ist abzulehnen. Geklagt wird vielmehr mit einer Spezialklage, die aus Rechtsgestaltungs- und Verurteilungsklage kombiniert ist. Die Entscheidung ist konstitutiv und hat rückwirkende Kraft. Wird die Bestimmung des Gläubigers verzögert, dann ist der Vertrag nichtig. Bei Verzögerung der Bestimmung durch den Schuldner kommt zu der Nichtigkeit noch die Schadenersatzpflicht nach § 286 BGB.

Die Bestimmung nach billigem Ermessen Dritter kann nur bei offenbarer Unbilligkeit angefochten werden. Offenbar unbillig ist eine Bestimmung, wenn sich die Unbilligkeit einem Sachverständigen sofort „aufdrängt". Die bloße Unrichtigkeit oder Oberflächlichkeit genügt nicht. Die Klage auf Bestimmung durch den Richter stellt wieder eine versteckte Kumulierung von Gestaltungs- und Leistungsklage dar. Eine Bestimmung nach freiem Belieben Dritter ist unbillig, wenn die Grenzen der §§ 242, 138 nicht eingehalten werden. Bei Bestimmung nach billigem Ermessen des Dritten tritt im Falle einer Verzögerung richterliches Urteil ein. Bei Bestimmung nach freiem Belieben ist dies wegen der aus persönlichem Vertrauen erfolgten Wahl des Dritten unmöglich. Er kommt bei einer ausdrücklichen Verpflichtung den Parteien gegenüber in Leistungsverzug. Im Falle des § 315 muß derjenige, der die Bestimmung getroffen hat, beweisen, daß sie der Billigkeit entspricht. Der Gläubiger, dem im Zweifel das Bestimmungsrecht zusteht, muß beweisen, das die Leistung, die er verlangt, direkt oder indirekt vereinbart ist. Die offenbare Unbilligkeit wird von der Partei bewiesen, die sie geltend macht.